

Recurso 539/2023
Resolución 601/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 1 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA)**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado «Servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de las zonas verdes del municipio de La Rinconada» (Expte. 14301/2023), convocado por el Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 y 27 de octubre de 2023, respectivamente, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. El día 27 de octubre de 2023 los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores en el perfil de contratante. El valor estimado de la presente licitación asciende a la cantidad de 5.970.407,16 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 10 de noviembre de 2023, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) (en adelante ASEJA o la recurrente), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares rectores de la presente licitación.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal el escrito de recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, teniendo entrada en este Tribunal el 14, 17 y 27 de noviembre de 2023.

El 21 de noviembre de 2023, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar solicitada por la recurrente de suspensión del procedimiento de licitación, con suspensión asimismo del plazo de presentación de ofertas, mediante Resolución MC136/2023.

No ha sido necesario conceder plazo de alegaciones al no existir licitadores en el procedimiento de conformidad con la documentación remitida por el órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación empresarial recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados».

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados».*

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

En este sentido, el escrito de recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y ello por entender que el presupuesto base de licitación establecido en los mismos resulta insuficiente para soportar los costes reales del contrato.



Al respecto, debemos indicar que en los estatutos de la asociación recurrente se establece como ámbito de actuación: «a) A todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la organización, planificación, ejecución, adecuación, corrección, desarrollo, construcción, conservación y mantenimiento de parques y jardines y/o trabajos complementarios en espacios ajardinados; arbolados y con todo tipo de elementos vegetales, así como a la gestión de la fauna que pudiera estar asociada y/o relacionada con el hábitat ajardinado, arbolado o vegetal que se construya, conserve, mantenga o sea preexistente y sea de interés estudiarla y conservarla, abarcando esta actividad, a todo el territorio del Estado Español. Las actividades antes descritas se entienden en su sentido más amplio, extendiéndose a las labores propias de prevención o extinción de incendios.

b) A todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la organización, planificación, ejecución, adecuación, corrección, desarrollo, construcción, conservación y mantenimiento del ámbito forestal, incluyendo 'terrenos rústicos en el que vegeten especies arbóreas: arbustivas, herbáceas o de nivel biológico inferior, espontáneas o introducidas y/o trabajos complementarios en espacios forestales con todo tipo de elementos vegetales' así como a la gestión de la fauna que pudiera estar asociada y/o relacionada con el hábitat forestal/ que se construya, conserve, mantenga o sea preexistente y sea de interés estudiarla y conservarla, abarcando ésta actividad a todo el territorio del Estado Español. Las actividades antes descritas se entienden en su sentido más amplio, extendiéndose a propias de prevención p extinción de incendios».

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) rector de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

a) Alegaciones de la recurrente.

Cuestiona el presupuesto base de licitación (PBL) del presente procedimiento de licitación. ASEJA se refiere al contenido del apartado 5 del anexo I del PCAP rector del presente procedimiento de licitación en el que se menciona el convenio colectivo de referencia en el sentido establecido en el artículo 100 de la LCSP. En el mismo se señala lo siguiente:

«El convenio colectivo de referencia, al objeto de determinar los salarios de las personas empleadas para su ejecución, teniendo en cuenta que el personal necesario para ejecutar el contrato es objeto de subrogación:

1. El convenio colectivo estatal de jardinería 2021-2024 con código de convenio número 99002995011981, publicado en BOE número 16 de 13 de julio de 2022.



2. XV Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad con código de convenio número 99000985011981 publicado en BOE número 159 de 4 de julio de 2019. Modificado por Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, BOE número 40 de 16 de febrero de 2023».

La recurrente manifiesta que el órgano de contratación a la hora de establecer el PBL ha tenido en cuenta el citado XV Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (en adelante el XV convenio).

Lo anterior, lo vincula al personal adscrito al servicio que queda recogido en la cláusula 12.2 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT). En el que se realiza la siguiente enumeración de personal, por un lado: «De acuerdo con el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2021-2024, existe un total de 9 trabajadores que se encuentran en algunos de los supuestos previstos en dicha norma convencional para la subrogación del personal» y por otro «Asimismo se informa que existe un número de 22 trabajadores que prestan servicio a través de un Centro Especial de Empleo subcontratado por la actual adjudicataria. Estos trabajadores deberán ser subrogados por el adjudicatario directamente o a través de un centro especial de empleo propio o ajeno con el que firme acuerdo para la subcontratación del servicio».

Con relación al primer grupo -los 9 trabajadores- en la citada cláusula se manifiesta que los mismos tienen contratos de duración indefinida y que se acogen al convenio colectivo estatal de jardinería, publicado en BOE número 16 de 13 de julio de 2022 (en adelante el convenio estatal), el segundo grupo -los 22 trabajadores- cuentan con contrato de duración indefinida y sus contratos se rigen por el XV convenio.

Con relación al segundo grupo que se acoge al XV convenio la recurrente argumenta que el órgano de contratación a la hora de calcular el PBL lo ha hecho incorrectamente dado que ha aplicado el citado XV convenio siendo el mismo improcedente a este fin, a juicio de la recurrente. Para fundamentar su afirmación invoca el artículo 45 del convenio estatal en el que se regula la subrogación y en el que se establece lo siguiente: «Cuando se trate de una nueva licitación, en el caso de que entre el personal a subrogar se encuentren personas con discapacidad que estuvieren percibiendo una retribución anual inferior a la prevista para las personas sin discapacidad de la misma contrata con igual o análogo puesto de trabajo, la entidad entrante, incluidos los centros especiales de empleo, deberá actualizar, desde la fecha de la subrogación, la retribución anual de esas personas con discapacidad, de modo que estas perciban igual retribución que las personas sin discapacidad de la misma contrata con igual o análogo puesto de trabajo.

En todo caso, las nuevas incorporaciones de personas con discapacidad realizadas por la entidad entrante con posterioridad a la subrogación, incluidos los centros especiales de empleo, deberán realizarse de manera que no existan diferencias retributivas entre ambos colectivos, debiendo percibir la persona con discapacidad igual retribución que un trabajador sin discapacidad de la misma contrata con igual o análogo puesto de trabajo. (...)».

La recurrente de lo anterior concluye lo siguiente: «Quiere decirse con lo anterior, que todo personal subrogable (sea este proveniente de un Centro Especial de Empleo -CEE- o no) en un Contrato como el que nos atañe, queda afecto a meritado CONVENIO COLECTIVO (ESTATAL DE JARDINERÍA), y le es aplicable; también, como no puede ser de otra forma, en cuanto a los conceptos y retribuciones dispuestas en el mismo.

Así pues, el Órgano de Contratación, a la hora de realizar los cálculos para establecer el PBL, debería de haber considerado en primer término lo dispuesto en el referido Artículo 45.1. del CONVENIO COLECTIVO de aplicación (Estatal de jardinería 2021- 2024); determinando para todo el personal a disponer al servicio (incluidas las veintidós (22) personas trabajadoras que ya se han indicado con anterioridad), unos costes laborales conformes a los conceptos y Tablas Salariales dispuestas en meritado CONVENIO».



La recurrente manifiesta que la premisa contenida en el citado artículo 45 del convenio estatal no se habría cumplido dado que en el cálculo del PBL el órgano de contratación habría aplicado también el XV convenio colectivo, para demostrar dicha afirmación reproduce los costes salariales introducidos en el PCAP. ASEJA concluye lo siguiente: *«Quedaría acreditado, por lo tanto, que en la conformación del PBL y más en concreto de los costes laborales del personal subrogable a destinar al servicio, se habría utilizado un Convenio erróneo (XV Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad), y no el aplicable (CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE JARDINERÍA 2.021-2.024); siendo que el coste de 549.601,04.-€ (sin Seguridad Social) se diferiría notablemente de los 668.556,86.-€ (sin Seguridad Social) que esta parte ha calculado aplicando el CONVENIO COLECTIVO de aplicación (ESTATAL DE JARDINERÍA).*

Por lo tanto, el Órgano de Contratación a la hora de proceder al cálculo del PBL, está incumpliendo con lo dispuesto en el CONVENIO ESTATAL DE JARDINERÍA, ya que la retribución de la mayoría de las personas trabajadoras (22), tendría una retribución a SMI dado que se les aplica un Convenio Colectivo erróneo (XV Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad).».

La recurrente a continuación realiza una serie de operaciones para calcular el PBL correcto que según indica debería ascender teniendo en cuenta unos costes de seguridad social del 34% a 895.866,19 euros. En este sentido argumenta: *«Un valor sensiblemente superior al que ha sido consignado en los PLIEGOS como importe relativo a los COSTES DIRECTOS (OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA Y TRES CÉNTIMOS (876.991,73 €)), sobre todo si se tiene en cuenta que no se están considerando otras partidas a incluir en los COSTES DIRECTOS tales como la maquinaria, los vehículos, el combustible, las instalaciones, etc. Y, aún con todo, únicamente el coste de personal ya es superior al total de los COSTES DIRECTOS que han sido tenidos en cuenta por el Órgano de Contratación a la hora de establecer el PBL y, consecuentemente, el VEC.*

Debemos indicar, igualmente, que a la hora de realizar estos cálculos no se han considerado los costes relativos a las sustituciones de personal en casos de ausencia por motivo de enfermedad, vacaciones o cualquier otra causa (absentismo), que viene exigido por el Órgano de Contratación».

Manifiesta que lo anterior supone una conculcación de los artículos: 1, 100 y 102 de la LCSP. Además analiza la doctrina sobre esta cuestión de los tribunales administrativos de recursos contractuales y finaliza solicitando lo siguiente: *«se proceda a la urgente modificación del PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN (PBL) y del VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO (VEC) dispuesto para la ejecución del servicio, adecuando los mismos, cuanto menos, al valor de las prestaciones del servicio a precio de mercado y teniendo en cuenta los costes laborales adecuados a la totalidad del personal laboral exigido mediante los PLIEGOS; haciendo con ello viable el servicio a prestarse, y en evitación de poner en riesgo la prestación del mismo, así como de mantener la necesaria paz social».* En definitiva, la recurrente solicita que se anulen los pliegos.

b) Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone en su escrito al recurso manifestando lo siguiente: *«El quid de la cuestión planteada ante el tribunal es si en una misma licitación solo es de aplicación un convenio, como defiende ASEJA, o pueden convivir dos convenios colectivos, en este caso el Convenio Estatal de Jardinería y El Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, como defiende este Ayuntamiento.*

Este Ayuntamiento, ya licitó en el año 2019, expediente 13.179/2019 este servicio bajo esta misma fórmula y ningún licitador, ni tampoco ASEJA, presento alegación al respecto y entendemos que al igual que entonces, sigue siendo una fórmula de licitación válida».

En definitiva, solicita que el recurso sea desestimado.



SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el núcleo de la controversia que se centra en determinar si el órgano de contratación fijó de forma correcta el PBL del contrato atendiendo al convenio colectivo de referencia de conformidad con lo establecido en el artículo 100.2 de la LCSP que establece lo siguiente: *«En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia».*

Sobre esta cuestión se indica en el apartado 5 del anexo I del PCAP lo siguiente: *«b) Forma de determinación del precio: a tanto alzado.*

El presupuesto base de licitación es adecuado a los precios del mercado, habiendo sido calculado de conformidad con los costes directos e indirectos que implica, de conformidad con el Estudio Económico realizado al efecto, donde se detallan los costes salariales».

Por otro lado, entre la documentación que figura en el perfil de contratante y que ha sido remitida por el órgano de contratación como parte del expediente de contratación, se encuentra el documento denominado: *«anexo c: estudio económico del área de servicios generales e infraestructuras públicas para la determinación del presupuesto base de licitación para la contratación del servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de parques, rotondas, zonas verdes y espacios libres del municipio de la rinconada. lote 1 del expediente de contratación 14.301/2023»* en el que se indica: *«El cálculo del coste de personal se realiza en base a:*

- 1. Los datos aportados por la empresa adjudicataria*
- 2. El Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024. BOE número 167 de 13 de julio de 2022.*
- 3. XV Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. BOE número 159 de 4 de julio de 2019. Modificado por Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, BOE número 40 de 16 de febrero de 2023».*

Como se ha indicado, el núcleo de la controversia deriva del hecho de que el órgano de contratación haya determinado en el pliego como convenio colectivo de referencia el XV convenio colectivo y que el mismo haya sido utilizado para el cálculo del PBL dado que la recurrente considera que de ello ha derivado que se haya calculado de forma insuficiente. A su juicio, para hacer los cálculos debió utilizar únicamente el convenio estatal de jardinería. Además, manifiesta que no es posible realizar un cálculo de los costes de la seguridad social dado que no se ha facilitado el porcentaje de discapacidad del personal, 22 personas, objeto de subrogación.

Por otro lado, como se ha indicado, la recurrente manifiesta que no se han considerado otros costes como los relativos a las sustituciones de personal en caso de ausencia por motivo de enfermedad, vacaciones o cualquier otra causa, los costes conocidos como de absentismo. Todo ello teniendo en cuenta lo dispuesto en la citada cláusula 12 del PPT que establece la obligación por parte del adjudicatario de que las citadas ausencias sean cubiertas.

Pues bien, con relación a la primera cuestión que plantea la recurrente este Tribunal considera que, efectivamente, el órgano de contratación a la hora de fijar el PBL ha atendido, entre otros, a los concretos costes salariales de los trabajadores que actualmente prestan el servicio, teniendo en cuenta los gastos derivados de los convenios colectivos que les son actualmente de aplicación.

Sobre lo anterior, este Tribunal concluye que el órgano de contratación no ha distinguido el hecho de que a la hora de fijar el PBL se ha de tener en cuenta el convenio colectivo de referencia (Artículo 100.2 de la LCSP), cuestión que resulta distinta a la circunstancia de que en aquellos casos en los que exista obligación de



subrogación la entidad que viniese ejecutando la prestación del servicio tenga que facilitar al órgano de contratación, entre otras cuestiones, el convenio colectivo que resulte de aplicación al personal objeto de subrogación (Artículo 130.1 de la LCSP) además de los listados del personal objeto de subrogación y otros detalles y todo ello para que los licitadores participantes accedan a la información necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará la citada medida.

Además, como este Tribunal ha manifestado en anteriores ocasiones (v.g. Resoluciones 394/2019, de 22 de noviembre y 138/2018, de 10 de mayo, entre otras muchas): *«el deber de subrogar al personal por parte de la adjudicataria no obliga a ésta a destinar a los trabajadores subrogados a la prestación del servicio adjudicado (...) pudiendo asimismo darse la circunstancia de que determinados trabajadores voluntariamente no se subroguen, bien porque el anterior empleador les ofrezca continuar en su empresa o bien porque decidan no formar parte de la plantilla del nuevo empleador».*

En este sentido, ya ha señalado este Tribunal en su Resolución 41/2017, de 2 de marzo, que *«una vez que el adjudicatario se subroga, en su caso, en las relaciones laborales del personal conforme a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, dentro de la libertad de la que goza en su organización empresarial, podrá adscribir al personal en función de sus necesidades o conforme a criterios de oportunidad, todo ello respetando la normativa laboral de aplicación».* En el mismo sentido, se ha pronunciado asimismo este Órgano en sus Resoluciones 43/2017, de 2 de marzo y 123/2017, de 9 de junio, entre otras.

Al respecto, también ha de tenerse en cuenta lo señalado por este Órgano en sus Resoluciones 233/2018, de 2 de agosto y en la 271/2018, de 28 de septiembre, en las que dispone que para la elaboración del presupuesto base de licitación se ha de tener en cuenta que el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en los pliegos. De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 156/2019, de 22 de febrero, con cita de abundante doctrina del citado Órgano.

En efecto, a la hora de fijarse el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que para definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores, no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior. En este sentido, una vez que opere la subrogación con la nueva entidad adjudicataria, es posible que determinadas personas trabajadoras de forma voluntaria no se subroguen con el nuevo empleador, o que éste a algunas de las subrogadas las asigne a otras funciones o que, en algunos casos, incluso proceda a prescindir de sus servicios.

Sentado lo anterior, y en lo relativo al convenio colectivo que se ha de entender de referencia, no resulta controvertido que lo ha de ser el convenio estatal de jardinería, y sí lo es que sea de referencia el XV convenio que resulta de aplicación a los centros especiales de empleo (CEE). Sobre esta cuestión, se ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si bien, desde otra perspectiva al entrar sobre la cuestión de si la subrogación de personal debía operar en el supuesto en el que la entidad que prestase el servicio en la actualidad fuera un CEE y al ponerlo en relación con el artículo 130 de la LCSP, que prevé la subrogación cuando un convenio colectivo de eficacia general así lo imponga. Lo anterior se analiza en la Resolución 990/2023, de 20 de julio, que puede ser esclarecedora sobre esta controversia y en la que se indica: *«En cuanto a la alusión al Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, que pudiera resultar*



aplicable a ciertos trabajadores discapacitados por la condición de Centro Especial de Empleo del actual adjudicatario, no desvirtúa la interpretación de este Tribunal, que ya tuvo en cuenta en las Resoluciones citadas alegaciones similares, concluyendo que lo relevante es la eventual obligación de subrogación impuesta en un Convenio colectivo de aplicación “en el sector en que se presten los servicios” (Resoluciones nº 101/2020 o nº 1309/2021, que cita la anterior e invoca el órgano de contratación).

Y es que la regla del artículo 130.2 LCSP solo resulta de aplicación cuando proceda la subrogación del personal, por estar ésta prevista en ley, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, tal y como este Tribunal ha puesto de manifiesto en otros pronunciamientos, como en la Resolución 2/2020, además de la citada 101/2020. En este sentido, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017 (recurso nº 668/2016), que analiza el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (actual artículo 130 de la LCSP), afirmó que:

“(…) la redacción no ofrece más interpretación razonable que la efectuada por la resolución recurrida, puesto que el precepto no hace sino imponer a la Administración Pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores, de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser la impuesta —de concurrir sus presupuestos— por disposición legal o convencional. De esta manera, la norma ofrece cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador”.

De lo anterior, este Tribunal concluye que claramente existe un error al considerar como convenio colectivo de referencia el XV Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, por los motivos anteriormente expuestos, con conculcación del artículo 100.2 que establece que «*el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia*» por lo que procede estimar este motivo de recurso.

La recurrente también cuestiona el cálculo del PBL al no haberse recogido los costes salariales derivados de las sustituciones de personal en casos de ausencia por motivo de enfermedad, vacaciones o cualquier otra causa (absentismo), que viene exigido por el Órgano de Contratación, según se recoge en la cláusula 12 del PPT que indica lo siguiente: «*En los casos de ausencia de las personas que presten el servicio, por motivo de enfermedad, vacaciones o cualquier otra causa, ésta no supondrá interrupción del mismo, procediendo la empresa adjudicataria a la sustitución inmediata por otro trabajador de, al menos, igual cualificación. El Ayuntamiento podrá exigir del adjudicatario que sustituya o traslade al trabajador adscrito a los servicios cuando no proceda con la debida corrección en sus dependencias o en la realización del desempeño de su cometido*». Sobre esta cuestión, el órgano de contratación no se manifiesta en su informe.

Tras analizar el estudio económico de la presente licitación este Tribunal ha podido confirmar que no se encuentran previstos costes derivados, por ejemplo, de las licencias del personal o de enfermedad en el sentido manifestado por la recurrente.

Sobre la previsión de este tipo de gastos este Tribunal ya ha tenido la ocasión de manifestarse con anterioridad. Así por ejemplo, resulta ilustrativa la Resolución 562/2023, de 10 de noviembre, que alude a pronunciamientos anteriores de este Órgano y en el que se manifiesta lo siguiente: «*Pues bien, el absentismo, en este caso laboral, es un concepto amplio que engloba en términos generales todos los tiempos que una persona empleada está ausente de su puesto de trabajo, bien sea por causas justificadas, previstas o involuntarias, caso de permisos retribuidos, vacaciones o enfermedades, entre otras, o bien causas injustificadas, imprevistas o voluntarias, como son retrasos o simulación de enfermedades, entre otras, de tal suerte que el absentismo englobaría, no solo el coste*



propio de la persona empleada que no acude por el motivo que sea a su puesto de trabajo, sino los costes derivados de las sustituciones y los permisos retribuidos (v.g. Resolución 224/2020, de 2 de julio, de este Tribunal).

En este sentido, el absentismo de las personas trabajadoras es un dato a valorar dentro de la determinación de los gastos o costes necesarios para realizar la prestación que se licita, que sin embargo no deja de ser un hecho incierto, que salvo en los supuestos de ausencia prevista legalmente no puede asegurarse, en todo caso, preverse desde la experiencia y la estadística, que depende en gran medida de las personas que vayan a ejecutar la prestación, así como de la organización empresarial de cada entidad (v.g. Resolución 400/2019, de 28 noviembre, de este Tribunal)».

Por tanto, resulta claro que el PBL debe contemplar unos costes derivados del absentismo en el sentido anteriormente manifestado, cuestión que sin embargo no ha sido contemplada por el órgano de contratación en el presente procedimiento de contratación, por lo que dicha alegación debe ser también estimada.

Con relación a la alegación del órgano de contratación sobre el anterior procedimiento de contratación en el que alega que siendo el mismo objeto y estando determinado el PBL de forma similar no se planteó la presente controversia procede recordar que este Tribunal viene sosteniendo el carácter autónomo e independiente de los procedimientos de contratación respecto de otros anteriores o coetáneos, aun cuando coincidan en objeto y sujeto, en el sentido de que las actuaciones seguidas y las vicisitudes acaecidas en los mismos no pueden influir en otras licitaciones presentes o futuras que se rigen por sus propios pliegos y demás documentos contractuales (v.g. Resoluciones 90/2019, de 21 de marzo, 185/2019, de 6 de junio y 257/2019, de 9 de agosto, entre las más recientes).

Procede, pues, estimar en los términos expuestos la presente resolución el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA)**, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado «Servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de las zonas verdes del municipio de La Rinconada» (Expte. 14301/2023), convocado por el Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por Resolución MC136/2023, de 21 de noviembre.



TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

